

ESTRATEGIA DE LA ARGUMENTACIÓN JUDICIAL

MARIO E. CHAUMET (*)

Resumen: No son pocos los teóricos y operadores del derecho continental que intentan desafiar la postura que limita la comprensión de la adjudicación judicial a la de los trámites procedimentales de su elaboración y a las técnicas sobre el funcionamiento de las normas. Son también considerables los pensadores que en nuestros días afirman que los jueces deciden en una operación compleja. En este marco ya hace unos años Ciuro Caldani afirmaba que “el razonamiento y el hacer de los jueces tienen altas posibilidades de pensamiento y obrar estratégicos”. Muchas son los temas a abordar en la relación entre estrategia y argumentación judicial. La presente exploración se centra en la relación de la estrategia con la argumentación de la adjudicación judicial preguntándose sobre cuál es la concepción de argumentación que habilita asumir su estrategia. Admitiendo que no hay estrategia sino hay dominio donde se dé la posibilidad de elegir entre una variedad de opciones, tanto acerca de los fines como de los medios, se sostiene que para reconocer y efectivizar dicho sentido, es necesario asumir una concepción compleja de la noción de argumentación, que se haga cargo de las tres regiones que distinguía el gran precursor de la teoría de la argumentación que fue Aristóteles: la *Analítica*, la *Dialéctica* y la *Retórica*.

Palabras clave: Adjudicación judicial – complejidad – argumentación - estrategia

Abstract: Many law theorists and practitioners try to challenge the assumption that judicial adjudication is limited to procedural steps and techniques on legal functioning. Nowadays, a considerable number of jurists find that judges decide over a complex operation. Within this context, some years ago Ciuro Caldani assured that “judges’ reasoning and doing have strong possibilities of strategic thought and behavior”. There are plenty of matters to discuss on the relation between strategy and judicial argumentation. The present paper focuses on the relation between strategy and argumentation for the judicial adjudication, wondering about which conception of argumentation helps its strategy. Taking for granted that there’s no strategy without an array of options (as regards ends, but also means) in order to recognize and achieve that strategy it is necessary to assume

(*) Dr. Mario Chaumet – E-mail: chaumet@arnet.com.ar.

a complex sense of argumentation, which takes charge of the three regions pointed by the great precursor of argumentation theory, Aristotle: Analytics, Dialectics and Rhetoric.

Key words: Judicial adjudication – complexity – argumentation – strategy

1. Actuación judicial y estrategia

Se dice que los jueces ejercen la jurisdicción judicial. Diversas voces se utilizan para abarcar su actividad. Entre ellas, juzgar, decidir, resolver.¹ La voz jurisdicción se origina en “*juris dictio*”, “acto de decir el derecho”.² Muestra Ciuro Caldani que “pese a que se trata de una expresión altamente multívoca, es esclarecedor que ‘*juris-dicción*’ signifique, como lo indica la propia composición de la palabra, ‘*decir*’ y en cierta medida ‘*hacer*’ realidad el Derecho. La jurisdicción es más propiamente tal en la medida que tiene un fuerte contenido de decir, pero no excluye el hacer”.³

En consecuencia, partimos del supuesto que los jueces en su actividad dicen y hacen y al decir también hacen.

En el ámbito de la teoría del derecho, desde distintos marcos teóricos, la voz adjudicación esta fuertemente vinculada con el quehacer judicial. Una de las nociones más difundidas en el siglo XX es la expuesta por H. L. A. Hart.⁴ La voz fue y es utilizada en las disputas teóricas sobre la discrecionalidad judicial. Sin entrar en ellas, sostenía el académico de Oxford (especialmente en su polémica con Dworkin) que: “Jueces de la talla de O. W. Holmes y Cardozo en los EE.UU. o Lord MacMillan o Lord Radcliffe en Inglaterra, y una multitud de otros juristas, tanto académicos como prácticos, han insistido en que el juez tiene una inexcusable, aunque «intersticial» tarea de creación de derecho, y que por lo que al derecho respecta, muchos casos

¹ Según el diccionario (R.A.E. en su 2ª acepción) la voz jurisdicción significa: poder que tienen los jueces y tribunales para juzgar y hacer ejecutar lo juzgado.

² COROMINAS, Joan, “Diccionario crítico etimológico castellano e hispano”, Madrid, Gredos, 1980, t. III, pág. 541.

³ CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Filosofía de la Jurisdicción”, Rosario, Edit. Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1998, pág. 7.

⁴ HART, Herbert L. A., “El concepto de derecho”, trad. de Genaro R. Carrió, México, Editoria Nacional, 1980.

podrían ser decididos de cualquier forma. Una consideración fundamental ayuda a explicar la resistencia a la pretensión de que algunas veces los jueces al mismo tiempo crean y aplican el derecho, y también aclara los principales rasgos que distinguen la creación jurídica del derecho de la legislativa.”⁵

En nuestros días y partiendo de diversos fundamentos, autores como Posner⁶ o Duncan Kennedy⁷ la utilizan para describir el proceso de decisión judicial, reflejando las bases ideológicas de la adjudicación judicial.

Hay quienes afirman que en la lucha entre los marcos teóricos “en los últimos años ha ganado terreno el paradigma que enfoca los problemas desde el punto de vista judicial y de la controversia. El impacto de las sentencias de los tribunales constitucionales y supremos en el estudio del derecho es una novedad importante y hoy no se concibe el estudio del derecho sin una teoría de la adjudicación.”⁸ Se afirma que los jueces adjudican derechos y deberes, responsabilidades y beneficios, que en dicha práctica “parece implausible el empate o la indeterminación”, pero para ella se necesita una teoría que “construya una justificación, la mejor, con los materiales que poseemos y con las mejores herramientas que nos convenza”. También se precisa que: “El juego de la adjudicación es distinto del juego literario o del juego descriptivo de normas”.⁹

⁵ HART, Herbert L. A., “El nuevo desafío del positivismo jurídico”. trad. de Liborio Hierro, Francisco Laporta y Juan Ramón Páramo. “Sistema” (mayo, 1980), nº. 36, pág. 3-18. <http://derecho.itam.mx/facultad/materiales/proftc>, (20-10-09).

⁶ “The Essentials datum with which I began my effort in this book to develop a positive theory of judicial decision making was that there is a pronounced political element in the decisions of American judges, including federal trial and intermediate appellate judges an U.S. Supreme Court Justices. The evidence is overwhelming, though judges temselves tend to brush it aside.” POSNER, Richard A., “How Judges Tink”, Cambridge Massachusetts, Harvard University Press, 2008, pág. 369.

⁷ KENNEDY, Duncan, “A Critique Of Adjudication:(Fin De Siècle)”, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press,1997; “Libertad y restricciones en la decisión Judicial”, trad. de Diego Eduardo López Medina y Juan Manuel Pombo, Santa Fe de Bogotá, Siglo del Hombre Editores,1999. V. Tbé. MILJIKER, María Eva, “Duncan Kennedy y la Crítica a los Derechos”, Revista Jurídica de la Universidad de Palermo. 2006 -47- 92. http://www.palermo.edu/derecho/revista_juridica/pub_a7n1.html 05-03-12, (06-03-12).

⁸ CALSAMIGLIA, Albert, “Indeterminación y realismo”, en “Analisi e diritto” 1999, págs. 219-227. http://www.giuri.unige.it/intro/dipist/digita/filo/testi/analisi_1999/calsamiglia.rtf, 6-3-12.

⁹ Ibidem.

Para la teoría trialista del mundo jurídico en los casos judiciales, al provenir la fuerza adjudicataria de hombres determinados (los jueces), deberíamos referir a los “repartos judiciales”.¹⁰ Somos concientes que la voz es extremadamente adecuada para especificar que el juez dice, pero del mismo modo hace, en palabras de Cossio conduce, eligiendo entre varias posibilidades, pero también y al decidir, reparte.

En gran medida, la cultura occidental ha entendido la jurisdicción judicial sosteniendo que el juez debe darle a cada uno lo suyo y que “el sometimiento de una controversia al juez crea por sí mismo una especie de materia *común*, la *lis inter partes*, que debe ser repartida entre las partes, de modo que la ganancia de una de las partes es la pérdida de la otra”.¹¹ La noción de reparto especifica algo más que adjudicar. Desde la vivencia de la decisión se comprende que frente al caso concreto el juez no solo adjudica, sino que además reparte y al repartir (entregar a personas distintas lo que han encargado o deben recibir) unos se benefician y otros se perjudican.

En función de ello no son pocos los teóricos y operadores del derecho continental que intentan desafiar la postura que limitaba la comprensión de la adjudicación judicial a la de los trámites procedimentales de su elaboración y a las técnicas de funcionamiento de las normas que la autorizan. Cabe sí

¹⁰ En relación al tema pueden especialmente v. GOLDSCHMIDT, Werner, “Introducción filosófica al Derecho”, 6ta. edic, 5ª. Reimp., Bs. As., Edit. Depalma, 1987; CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Derecho y Política”, Bs. As., Depalma, 1976; “Estudios de Filosofía Jurídica y Filosofía Política”, Rosario, F.I.J., 1982/4; “La conjetura del funcionamiento de las normas jurídicas. Metodología Jurídica”, Rosario, F.I.J., 2000. “La teoría trialista del mundo jurídico, superación de la insuficiencia de los paradigmas jurídicos de nuestro tiempo”, en Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social, N° 18, pág. 19 y sgtes.; BIDAR CAMPOS, Germán J., “Filosofía del Derecho Constitucional”, Bs. As., Ediar, 1969.

¹¹ “Pero, con independencia de que la materia de su acto de juzgar sea un problema de justicia distributiva o conmutativa, el acto de juzgar mismo es siempre una cuestión de justicia distributiva. Porque el sometimiento de una controversia al juez crea por sí mismo una especie de materia *común*, la *lis inter partes*, que debe ser repartida entre las partes, de modo que la ganancia de una de las partes es la pérdida de la otra. El juez parcial o negligente viola la justicia distributiva por usar un criterio irrelevante (o por usar un criterio relevante de manea impropia) para distribuir los méritos y para otorgar sentencia favorable y/o asignar las costas.” CIANCIARDIO, Juan, “La interpretación de las fronteras del sistema jurídico”, en 2 Interpretación y argumentación. Problemas y perspectivas actuales”, Coord. Carlos Alarcón Cabrera y Rodolfo L. Vigo, B.As., Marcial Pons Arg., 2011, pág. 174.

señalar que son escasos los estudios dedicados a analizar el método de la toma de decisión judicial y en algunos casos se los descarta por considerarlos irracionales.

Una aproximación desprevenida al tema podría hacer creer que el proceso de formación de una adjudicación judicial es una actividad sencilla porque todos sus pasos están predeterminados en las leyes procesales y además, porque es el propio autor quien los describe en su justificación. Según los presupuestos del paradigma tradicional de la modernidad, la labor técnica del juez debe limitarse a descubrir la voluntad del legislador expresada en la norma a fin de aplicarla en el caso concreto por medio de una labor puramente lógica y de verificación. El esquema clásico más representativo de este método es el de la subsunción de los hechos en la norma abstracta y general para obtener la consecuencia jurídica.¹²

Son considerables los pensadores que en nuestros días atestiguan que ello no es así que afirman que los jueces deciden en una operación compleja. El razonamiento judicial es un camino azaroso que continuamente se desdobra y en cada bifurcación hay que ir decidiendo el sendero que se toma para continuar. También creemos que: “las decisiones jurídicas son el resultado de complicados procesos de información y razonamiento en los que inciden problemas de determinación fáctica; otros estrictamente hermenéuticos derivados de la búsqueda de la norma o normas aplicables al caso y la especificación de su significado a tenor del caso concreto y, por último, factores subjetivos y contextuales de índole social, política e ideológica.”¹³

Sentado ello es comprensible como ya hace años, Ciuro Caldani desarrollaba sus estudios sobre la estrategia en la actuación de los jueces. Nos señalaba que La comprensión histórico-filosófica del militar prusiano Karl von Clausewitz “...esclarecedora de importantes despliegues generales de la dinámica de la vida; puede ser proyectada más allá de la guerra, a la cual él se remitió. Mucho es lo que viene haciéndose para desarrollar la estrategia en los ámbitos económico y político general, y, a nuestro parecer, corresponde también su proyección en el terreno jurídico, incluso en el campo judicial.” Sostenía que: “el razonamiento y el hacer de los jueces

¹² CHAUMET, Mario E. “Análisis de caso y el método judicial”, “Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social”, Rosario, 2002, N° 26, págs. 7 y ss.

¹³ GARCÍA CALVO, Manuel, “Los fundamentos del método jurídico: Una revisión crítica”, Madrid, Tecnos, 1994.

tienen altas posibilidades de pensamiento y obrar estratégicos”. Proponía que: “Si no hay razonamiento estratégico judicial no hay al fin estrategia jurídica general, y sin ésta la sociedad marcha a la deriva. Estimamos que los jueces han de estar a la altura del sentido estratégico que pueden y deben dar a su actividad, realizando con la mayor conciencia y de la medida más legítima las posibilidades de su tarea. Nos parece imprescindible promover un importante incremento del pensamiento de los jueces y los juristas en general en ese sentido”.¹⁴

2. Actuación judicial y argumentación

Cabe aclarar que mantenemos que el derecho no es solo argumentación. No obstante ello, si de alguna manera asimilamos al tema con la noción de guerra de von Clausewitz, disputa de intereses que resulte con derramamiento de sangre, en esta disputa de intereses que evidencia el mundo jurídico, el derramamiento de argumentos es una pieza relevante en el quehacer jurídico.¹⁵

De igual manera cuando nos referimos a la adjudicación judicial, no la limitamos a su argumentación. El juez no solo argumenta. El método judicial es un camino para la acción, para la toma de decisión. La relación entre estrategia y adjudicación judicial adquiere una evidencia mayor cuando se refiere a toda la actividad judicial.

Sin perjuicio de ello, de conformidad a las necesidades de este tiempo, la presente exploración se centra en la relación de la estrategia con la argumentación de la adjudicación judicial. Es que uno de los principales esfuerzos en el derecho, se ha concentrado en tratar de mostrar una argumentación judicial acorde con las necesidades de la época y sosteniendo que a esta no sólo se la debe ver como una exigencia técnica, sino como un fundamento que hace a la legitimidad de los jueces. En la sociedad democrática de derecho los individuos no se conforman con una apelación al

¹⁴ CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Perspectivas estratégicas del razonamiento y la actuación de los jueces”, en Lexis Nexis, número especial sobre: “Razonamiento judicial”, Bs. As. 31.03.04, págs. 30 y sgtes. Del mismo autor ver también, “Estrategia Jurídica”, Rosario, F.I.J., 2011, págs. 89 y ss.

¹⁵ *Ibidem*.

criterio de autoridad, sino que exigen razones, justificaciones: sabido es que la forma más eficiente de prevenir la arbitrariedad en la justificación de las decisiones es presentar públicamente buenas razones. Parafraseando a Aarnio, en estos días la necesidad de dar argumentos y la democracia van de la mano.¹⁶

Muchas son los temas a abordar en la relación entre estrategia y argumentación judicial. En este sentido cabe por ejemplo diferenciar la argumentación para la estrategia judicial (como un de sus medios, una de sus herramientas, quizás una de sus tácticas), de la estrategia de la argumentación. Las preguntas que plantea el tema son innumerables. En el presente trabajo solo nos limitaremos a presentar una de las que entendemos como preliminar: ¿Cuál es la noción de argumentación judicial que habilita ocuparse de su estrategia? Afirmaremos que no toda forma en que se construye la noción de argumentación, permite considerar la relevancia de la estrategia.

3. ¿Cuál es la concepción de argumentación que habilita asumir una estrategia para la propia argumentación?

Uno de los más difundidos especialistas sobre argumentación, Christian Plantin, en su artículo “Estrategia argumentativa” destaca que “el término estrategia designa un conjunto de acciones coordinadas con el propósito de alcanzar un fin (o resultado) predefinido. Este fin no podría lograrse sin intervenir sobre el curso de los acontecimientos: una situación estratégica no es una situación incierta sino una situación no determinada casualmente”. Agrega: “La acción estratégica incluye dos momentos: la definición del fin y la definición de un conjunto de medios que permitan alcanzarlo. No hay estrategia sino hay dominio donde se dé la posibilidad de elegir entre una variedad de opciones, tanto acerca de los fines como de los medios. La conciencia de la existencia de fines y medios diversos, que permite un cálculo de las elecciones, define la estrategia como un concepto intencional”.¹⁷

¹⁶ AARNIO, Aulis, “Derecho, racionalidad y comunicación social”, trad. de Pablo Larrañaga, México, Edit. Fontamara, 1995.

¹⁷ PLANTÍN, Christian, “Estrategia Argumentativa”, en “Compendio de lógica, argumentación y retórica”, Dir. Luis Vega Reñón y Paula Olmos Gómez, Madrid, Trotta, 2012, 2º

Entendemos que no toda concepción de argumentación admite la posibilidad de elegir entre una variedad de opciones, tanto acerca de los fines como de los medios.

En este sentido adelantamos que a nuestro entender la relación entre estrategia y argumentación judicial implica asumir una concepción compleja tanto de la noción de argumentación como de la materia a adjudicar.

Ahora bien, ¿existe una idea unívoca de la *argumentación*?¹⁸ ¿hay una *teoría de la argumentación* o, antes bien, existen diversos intentos de construcción de *teorías de la argumentación*, tantas, cuantas perspectivas predominan o se asocian a su concepto?

Algo de esto último parece estar jugado en el pensamiento de Atienza, para quien “el concepto de argumentación es un concepto complejo”¹⁹ y “existen tres *dimensiones* de la argumentación (cada una de ellas vinculada -aunque no de manera exclusiva- a cierto contexto o situación) que pueden dar lugar a otras tantas *concepciones* si cada una de esas tres dimensiones -como a veces ocurre- se trata como si fuera la única o la fundamental (...) sería la concepción o perspectiva formal, la material y la pragmática, pudiendo hacerse, dentro de esta última, una subdistinción entre la dialéctica y la retórica”.²⁰

Por su parte, otro teórico de la argumentación recordará las tres regiones que distinguía aquel insigne precursor de la teoría de la argumentación que fue Aristóteles: la *Analítica*, la *Dialéctica* y la *Retórica*.²¹ Para el estagirita, la lógica estaba relacionada con argumentos analíticos en los que la verdad de las premisas era evidente; la dialéctica representaba el arte de

edic., págs. 237 y stes.

¹⁸ Hay quien ofrece conceptos unívocos: “La argumentación es un acto de lenguaje que consiste en una constelación de enunciados dirigidos a justificar o refutar una opinión expresa y con el propósito, en una discusión regimentada, de convencer a un juez racional de un particular punto de vista con respecto a la aceptabilidad o no aceptabilidad de esa opinión expresa” (EEMEREN, Frans van - GROOTENDORST, Robert, “Speech acts in argumentative discussions. A theoretical model for the analysis of discussions directed towards solving conflicts of opinion”, Dordrecht, Edit. Foris Publications, 1984, pág. 18). En la concepción que aceptamos, la definición enmarcaría en la *perspectiva dialéctica* de la argumentación.

¹⁹ ATIENZA, Manuel, “El derecho como argumentación”, Barcelona, Ariel, 2006, pág. 67.

²⁰ *Ibíd.*, pág. 77.

²¹ VEGA RENÓN, Luis, “Si de argumentar se trata”, Barcelona, Edit. Montesinos, 2003, págs. 13 y sgtes.

un debate regulado y estaba tratada en *Topica* (Tópica) y *De sophisticis elechis* (Refutaciones Sofísticas); la retórica, el arte de persuadir un auditorio, está discutida en la *Rhetorica* (Retórica).²²

Por nuestra parte, y a los fines de la utilidad de estos conceptos para el tratamiento de la relación entre estrategia y argumentación de la adjudicación judicial, nos convence más la distinción entre perspectivas *analíticas*, *dialécticas (procedimentales)* y *retóricas*, a las que agregamos un sustrato lingüístico. Adicionalmente, resulta imprescindible, desde el punto de vista material, analizar que elementos (que material jurídico) son los que se deben tener en cuenta para una argumentación estratégica.

Dicho ello, se puede precisar la preguntar de la siguiente forma: ¿desde que perspectiva de la argumentación pueden desarrollarse estudios sobre estrategia en la argumentación judicial?

3.1. Perspectiva analítica

Diríamos que a la perspectiva analítica²³ le interesa el *productio* de la argumentación. El aspecto más resaltado de la actividad son los argumentos textuales, cuya forma básica se compone de premisas, un nexo inferencial y conclusión. Su arquetipo, como prueba de racionalidad, es la demostración. La evaluación de la argumentación (validez o corrección) está sujeta a criterios lógicos, semánticos o metodológicos.

La argumentación analítica la referimos a la estructura interna de los argumentos. Se la asimila a la lógica formal. Así, Atienza exhibe una concepción formal de la argumentación.²⁴ Para decirlo con una imagen muy

²² van EEMEREN, Frans H. - GROOTENDORST, Rob, "A systematic theory of argumentation: the pragma-dialectical approach", Cambridge University, Edit. Press, 2004, pág. 42.

²³ Los términos *análisis* y *analítico* tienen diversos significados en la filosofía y en la ciencia. Quizás aquí en parte coincide con el sentido tradicional que se le atribuye haberle dado al término Platón, en cuanto método de investigación consistente en partir de algo admitido o dado por sentado. No en vano en general se acepta que tiene su más propio lugar en las matemáticas. No lo estamos utilizando en referencia a los movimientos filosóficos que a partir, sobre todo de Russell y Moore, constituyen la filosofía analítica.

²⁴ ATIENZA, "El derecho como argumentación", Op. cit., págs. 109 y ss.

lograda de Guibourg, “en general, no tiene sentido discutir los precios en un restaurante, pero sí que lo tiene «reparar» la suma”.²⁵

Desde esta perspectiva solo nos interesará la corrección del proceso, una vez terminado, su problema es siempre el siguiente: “la conclusión a que se ha llegado, ¿deriva de las premisas usadas o afirmadas?”²⁶ La distinción entre el razonamiento correcto y el incorrecto es el problema central. Desde una perspectiva analítica nos interesaremos por los argumentos sin tomar en cuenta su contenido.

En su tradición más arraigada, la lógica presupone una validez formal estrechamente ligada a la *deducibilidad*. El ideal del derecho ha sido muchas veces proyectado como el de una argumentación deductiva.

En el sistema de conocimientos definido como *Lógica Moderna* se planteó la pretensión de que la lógica estándar debía ser el modelo universal o la perspectiva válida para controlar cualquier proceso de argumentación, es decir, no sólo la argumentación científica o teórica sino cualquier interacción comunicacional en el ámbito cotidiano, jurídico, religioso etc. La validez o no de tales argumentos debería ser enjuiciada desde los criterios de la lógica pura.

En mucho la cultura moderna, justificó una reducción progresiva del papel de la argumentación en la facultad de razonar lógicamente, de conformidad a reglas de la lógica formal previamente admitidas, el dominio de los juicios analíticos. No se veía más que la facultad de los razonamientos demostrativos, lo formalmente correcto. Una argumentación reducida a la demostración de verdades necesarias, o por lo menos indudables, que se

²⁵ “Quejarnos porque la cuenta del restaurante es alta no nos dará ningún resultado: no lograremos convencer al mozo y pasaremos por mezquinos. Pero si encontramos algún error en la suma provocaremos una consulta y obtendremos, junto con la enmienda, las correspondientes excusas: tal es el poder de la aritmética, que ni los comerciantes se atreven contra ella. Y la aritmética no es una invención diabólica, ni el arma secreta de la administración impositiva: es, simplemente, un sistema teórico que reconstruye, en abstracto, las relaciones que todos aceptamos entre las cantidades concretas. Dos más dos es igual a cuatro en cualquier tiempo y lugar, se trate de dólares, camellos o vueltas en carrusel; y el conjunto de las relaciones de este tipo, reunidas en una teoría matemática universalmente admitida, nos permite verificar formalmente la exactitud de cualquier cálculo”. (ECHAVE, Delia T. - URQUIJO, María E.- GUIBOURG, Ricardo A. “Lógica, proposición y norma”, Bs.As, Edit. Astrea, 2008, pág. 19).

²⁶ COPI, Irving M., “Introducción a la lógica”, trad. Néstor Alberto Míguez, 4ª edic., Buenos Aires, Edit. Eudeba., 1999, op. cit. pág. 5.

manifiesten con una evidencia irrecusable. La posición de un saber objetivo y de verdad universalmente válida, el gusto del rigor y de la precisión.

En el ámbito de la argumentación judicial se hace referencia a una tesis imperialista de una argumentación, de carácter exclusivamente deductiva, o de otras formas más sutiles tales como afirmar que si bien la lógica no es lo es todo en el razonamiento jurídico, donde acaba la deducción allí empieza la arbitrariedad.²⁷

Estas pretensiones dieron lugar, en el amplio escenario de la discusión filosófica y meta-teórica, a una serie de reacciones. Desde muchos lugares se reprocha que limitar la argumentación al análisis formal del producto, implica someterla a una racionalidad restringida, abstracta y vacía de contenido, constreñida por cierta forma lógico-matemática o geométrica de razonamiento que asume como modelo algún método científico y tiene como fin último la búsqueda de certezas absolutas e indubitables ya sean de tipo empírico o racional.

Desde mediados del siglo XIX se han realizado críticas al modelo que han puesto en evidencia la imposibilidad de reducir la decisión judicial y en particular su argumentación, a una mera operación formal. En nuestros días existe un consenso casi unánime que la jurisprudencia mecánica resulta difícil de sostener. Bastaría citar -al azar- teóricos de la últimas décadas tales como: Dworkin, Bobbio, Aarnio, Wroblewski, Villey, Finnis, Ferrajoli, Cossio, Goldschmidt, para observar -desde diversos presupuestos- la misma impugnación.

Como caso, Alexy manifiesta que refutar el modelo deductivo es demasiado fácil ya que bastan referencias a la vaguedad del lenguaje del derecho, la posibilidad de conflictos y colisiones de normas, por ello dice que este modelo desde hace mucho ya no es sustentado por nadie como modelo completo de aplicación del derecho.²⁸ Nos atrevemos a acotar que si bien acordamos con ello, desde variadas prácticas se ve, que el modelo sigue de alguna manera “viviendo” en el marco conceptual de los operadores jurídicos.

²⁷ ATIENZA, “El derecho como argumentación”, Op. cit., pág. 78.

²⁸ ALEXY, Robert, “Teoría del discurso y derechos humanos”, trad. de Luis Villar Borda, Bogotá, Universidad Externado, 1995, págs 37 y sgtes.

La realidad desborda ampliamente los postulados reduccionistas del método lógico deductivo e invalida los planteamientos simplificadores de la citada metodología.

Esta reducción por sí sola, no puede esclarecer la argumentación que se hace necesaria para dar cuenta de ventajas, inconvenientes, oportunidades, riesgos, opciones, elecciones a la hora de tomar decisiones.

Al decir de Atienza la lógica no se ocupa propiamente de los argumentos, sino de los esquemas de los argumentos, por eso es un lugar común en la teoría de la argumentación, enfatizar sobre los límites que tiene la argumentación que aquí denominamos analítica. Reducir el campo de la argumentación a la perspectiva analítica, olvida que argumentar no es solamente deducir y calcular, es también deliberar y convencer.²⁹

Por nuestra parte, sostenemos que la perspectiva analítica es necesaria y satisface condiciones que hacen factible a toda argumentación, le da comprensión, coherencia, orden, claridad. Proporciona un criterio de control de los argumentos, que sirven también para las otras perspectivas. Ahora bien, de lo dicho se evidencia que si se reduce la argumentación judicial a una perspectiva analítica poco y nada interesan los planteos estratégicos de la argumentación. Recordemos que siguiéndolo a Plantin, hemos afirmado que no hay estrategia sino hay dominio donde se dé la posibilidad de elegir entre una variedad de opciones, tanto acerca de los fines como de los medios. Si "... todas las operaciones de atribución de significado a los documentos que constituyen el discurso de la ley... se sustraen a la «lógica», cuyo empleo más bien presupone que tales operaciones ya han sido realizadas"³⁰, la relación entre estrategia y argumentación judicial resulta impertinente, no viene al caso, a lo sumo lo estratégico pertenece a otro ámbito.

En virtud de ello afirma Ciuro Caldani que: "Entre las carencias que a nuestro parecer produjeron las propuestas silogísticas de la escuela de la exégesis y la exclusión de las perspectivas causales por la purificación referida a la imputación se encuentra la pérdida de la capacidad estratégica de los hombres de Derecho".³¹

²⁹ ATIENZA, "El derecho como argumentación", Op. cit., pág. 78.

³⁰ TARELLO, Giovanni, "L'interpretazione della legge", Milano, Giuffrè, 1980, pág. 82.

³¹ CIURO CALDANI, "Perspectivas estratégicas del razonamiento y la actuación de los jueces", Op. cit, págs. 30 y sgtes.

3.2. Perspectiva dialéctica

Durante mucho tiempo el término dialéctica, se lo correspondió con el vocablo “*diálogo*” y así el arte dialéctico se lo definía como el “*arte del diálogo*”. Como en el diálogo hay dos “*logos*” que presentan en contraposición, se señala que en la dialéctica hay dos posiciones entre la cuales se construye efectivamente un diálogo, una confrontación, en la cual puede haber un especie de acuerdo o desacuerdo -sin lo cual no habría diálogo- pero también se generan sucesivos cambios de posiciones inducidos por cada una de las posturas.³²

En la perspectiva dialéctica se trata a la argumentación como un proceso, que se genera por la interacción y confrontación entre roles argumentativos. Su ideal es el debate razonable. La interacción argumentativa entre las partes (*proponente y oponente*), sus fases y variantes se evaluarán de conformidad a reglas y convenciones: quien tiene derecho a participar, quien debe afirmar, refutar, probar, cuando y como, son temas que le preocupa al *dialéctico* de la argumentación.

Hemos visto que la perspectiva analítica se interesa por el *producto* de la argumentación, por el encadenamiento de dos enunciados o el breve párrafo argumentativo, por su *objetivismo textual*, en donde lo que realmente importa son los efectos del análisis, por su *individualismo monológico* (donde cada argumentador dará cuenta por sí sólo de sus pretensiones discursivas). En cambio, la concepción dialéctica se dirige a los procedimientos de la interacción argumental, como modo de interacción de discursos contradictorios *problematizados*. Las miradas se centran en los papeles de los participantes, el curso seguido por el debate.³³

³² FERRATER MORA, José; “Diccionario de Filosofía”, 5ta. edic., Bs. As., Edit. Sudamericana, 1965, t. A-D, págs. 866 y sgtes.

³³ “«Esta perspectiva socialmente orientada [Rescher se refiere a la utilización de un modelo dialéctico en epistemología] es seguramente un paso en la dirección correcta. Pues la aproximación dialéctica a la epistemología está motivada por un propósito anti-cartesiano. Deplora la banal influencia de la orientación egocéntrica de la moderna epistemología. El énfasis tradicional y ortodoxo en cuestiones del tipo de ¿cómo puedo convencerme a mí mismo? ¿cómo puedo estar seguro? nos invita a olvidar la naturaleza social de las reglas básicas del razonamiento probatorio, sus raíces en la cuestión de ¿cómo podemos hacer para convencernos unos a otros? La dialéctica de la disputa y de la controversia proporciona un antídoto útil para ese egocentrismo cognitivo. Insiste en que no podemos olvidar la construcción del conocimiento como una empresa

A partir de esta perspectiva, se han dado numerosos criterios de corrección para determinar si es plausible o no una argumentación.

Desde el derecho procesal Calamandrei desarrolla esta cuestión a partir del *principio de dialecticidad*, donde cada sujeto debe actuar y hablar en el momento preciso, ni antes ni después, del mismo modo que en la recitación de un drama cada actor tiene que saber *entrar* a tiempo para su intervención, o en una partida de ajedrez cuando le corresponde a cada jugador participar.³⁴

Para quien asuma una perspectiva dialéctica de la argumentación aceptar la estrategia de la argumentación resulta un elemento relevante, especialmente cuando el diálogo es de confrontación. Si bien escapan a las posibilidades de este trabajo su descripción, pueden servir como ejemplo de referencia de la relación las reglas de carga, descarga y de procedimiento de discusión que propone una de las teorías sobre argumentación más difundidas en estos días que es la denominada *pragma-dialéctica*.³⁵

En lo específico de la argumentación judicial, en otros escritos nos hemos ocupado de observar cómo, las teorías dialécticas y consensuales que ayudan a preservar la imparcialidad judicial, pueden ser mejor aplicadas a los procedimientos con alto componente de creación legal, particularmente

comunitaria sometida a estándares comunitarios» (Rescher, 1977, pág. XII, *Dialectics. A controversy-oriented approach to the theory of knowledge*, State University of New York Press,) (ATIENZA, “El derecho como argumentación”, Op. Cit., pág. 256).

³⁴ CALAMANDREI, Piero, “Estudios sobre el proceso civil”, trad. Santiago Sentis Melendo, Bs. As, EJEA, 1962, t. III, págs 263 y sgtes. Se ha dicho también que: “... el Derecho Procesal, desde una visión instrumental, no regula la argumentación normativo-jurídica como tal, sino que no hace más que asegurar en el aspecto temporal y objetivo el marco institucional para que las partes y el juez puedan interactuar. Las normas relativas al orden del proceso institucionalizan la práctica de la decisión judicial de manera que la sentencia y sus fundamentos puedan entenderse como resultado de un juego argumentativo” (GUZMÁN, Néstor Leandro, “Argumentación y proceso. Una relación relevante en la práctica judicial”, en *Revista de Derecho Procesal*, Rubinzal-Culzoni, 2007-2, Sentencia I. pág. 196).

³⁵ van EEMEREN, Frans H. - GROOTENDORST, Rob, “A systematic theory of argumentation: the pragma-dialectical approach”, Op. cit. Una consistente comprensión jurídica de la teoría puede verse en: BARRANCO DE BUSANICHE, Graciela, “La reconstrucción racional de fallos judiciales desde el enfoque de la pragmadialéctica, en *Argumentación jurídica y constitucionalismo*”, Coord. Graciela Barranco de Busaniche y Eloy Emiliano Suárez, Santa Fe, Universidad Nacional del Litoral, 2011, págs. 13 y sgtes.).

en el denominado “Estado Constitucional y Social de Derecho”.³⁶ Es allí donde quizás más necesitamos esquemas dialécticos para representar los procesos argumentativos.

3.3. Perspectiva retórica

Nada impide que una argumentación, además de ser *lógicamente* concluyente y respetuosa de las reglas del procedimiento *dialéctico*, sea *convinciente*.³⁷ La historia de la retórica nos muestra la variedad de formas con las que se ha construido su noción. La primera asociación que aparece tras la voz *retórica* es la de persuasión o convencimiento, prestar atención cuáles son, en cada situación, los medios disponibles para la persuasión.

La persuasión retórica supone una comunicación entre personas, entre un agente *inductor (orador)* y un *receptor*. Mientras que la interacción dialéctica, discurre entre sujetos como el proponente o el oponente de una tesis deliberada, la interacción retórica tiene lugar entre personas con sus actitudes, disposiciones, emociones y compromisos en juego. Se dice que el receptor ha de sentirse “*tocado*”, afectado, y para que la inducción sea un éxito el receptor ha de actuar en mayor o menor medida como “*cómplice*” del inductor. El “*factor personal*” no es en absoluto irrelevante. La retórica intensifica el aspecto no meramente interactivo, sino interpersonal de la comunicación. No sólo implica relaciones entre personas sino carga y descarga de sentimiento y emociones.

Creemos que la relación entre retórica y estrategia argumentativa van de la mano. Hay una estrategia retórica, hay estrategias para convencer. La retórica aporta medios ineludibles a la hora de elaborar una estrategia

³⁶ CHAUMET, Mario E. - MEROI, Andrea, A., “¿Es el derecho un juego de los jueces?”, L.L. 2008-D, 717.

³⁷ “En el centro de toda la discusión sobre la retórica está la convicción de que las palabras significan; tienen la capacidad de referenciar el mundo y de inventarlo; de decir en sentido recto y figurado; de decir la verdad y de mentir; de evadirse y comprometerse; de generar confiabilidad y desconfianza. De lo que no cabe duda es de su eficacia para comunicar, convencer, persuadir, argumentar y de expresar estéticamente. Visto así, la retórica es, como tantas veces se ha dicho, un instrumento comunicativo muy poderoso en las manos de los hombres”. (GARCÍA GARCÍA, Francisco, “Una aproximación a la historia de La Retórica”, *Icono14*, nº 5, <http://www.icono14.net/revista/num5/articulo1.1.htm>).

argumentativa. Nos dice Plantin que: “En la retórica argumentativa, las elecciones estratégicas son posibles durante el proceso de producción de discurso en todos los niveles clásicos (con excepción de la memoria): inventio, dispositio, elocutio, actio. El análisis del producto terminado, el texto argumentativo, es una reconstrucción del sistema estratégico constituido por el conjunto de estas elecciones. Por ejemplo, es posible analizar la estrategia de concepción/radicalización del argumentador”.³⁸

Ello se hace especialmente relevante en la argumentación judicial de este tiempo.³⁹ Si vivimos un derecho caracterizado por la prevalencia de reglas generales indeterminadas, principios (aun implícitos), directrices, reglas de primer orden, la fuerza normativa de las normas constitucionales (estado constitucional), el contenido y exigencias de sus derechos fundamentales (expectativas positivas), y su nivel de “exigencias” sobre las decisiones, en todas las ramas del derecho, la expansión de los derechos sociales, en nuestros días no se puede ocultar que la sentencia no es la conclusión necesaria que deriva de unas determinadas premisas legales sino que implica una opción del juez por una determinada solución.

En este sentido expresa Ciuro Caldani que “aunque no es concebible un consenso total respecto de la tarea de los jueces, es importante que los jueces obtengan consenso y sean constructores de él”. Esto mismo le permite sostener que la razonabilidad de las decisiones judiciales es un fenómeno cultural del cual depende la respectiva “*fuerza de convicción*” que en mucho se realiza cuando ellas resultan insertas en el tejido fáctico y axiológico de la sociedad de que se trate. Agrega que “la razón judicial procura arraigarse, de manera ‘dialogal’, en los fines de las partes y de la sociedad e su conjunto. En mucho a través de sus razones le cabe al juez construir o destruir el ‘tejido social’ en que se desenvuelve.”⁴⁰ No en vano ya hace varias décadas

³⁸ PLANTIN, Op. cit. pág. 238.

³⁹ No son pocos los centros judiciales que se dedican a pensar y difundir el tema, a título de ejemplo puede verse en las “Lecciones de redacción para magistrados y funcionarios judiciales” del Centro de Información Judicial del Poder Judicial de la Nación (Argentina), las “Lecciones de redacción: Argumentación y estrategias argumentativas III”, <http://www.cij.gov.ar/inicio.html> Agencia de Noticias del Poder Judicial de la Nación, República Argentina.

⁴⁰ V. CIURO CALDANI, Miguel Angel, “La crisis de la razón judicial en nuestro tiempo”, JA, 1998-III-602 y sgtes.; del mismo autor: “Comprensión trialista de la justificación de las decisiones judiciales”, Doxa 21-II (1998).

Carlos Cossio instruía acerca de la fuerza de convicción de la sentencia.⁴¹

4. Estrategia, y propuesta *tridimensional e integral* en la argumentación

No son pocos los que siguen enfatizando en las tres regiones que distinguía el gran precursor de la teoría de la argumentación que fue Aristóteles: la *Analítica*, la *Dialéctica* y la *Retórica*. La lingüista colombiana María Cristina Martínez Solís despliega una iniciativa de integración de las tres perspectivas de la argumentación que hemos citado (analítica, dialéctica y retórica), a la que califica como propuesta *tridimensional e integral* en la argumentación.⁴²

Señala que “en el proceso de evolución de las sociedades y del lenguaje”, las distintas teorías han enfatizado algún aspecto más que otro.⁴³ En este sentido expresa que las teorías que califica como los tres enfoques de la argumentación más conocidos (la Analítica de Toulmin, la Retórica de Perelman y la Dialéctica de van Eemeren), están dirigidos a acentuar una u otra de las dimensiones principales que se identifican en la argumentación:

⁴¹ COSSIO, Carlos, *La teoría egológica Del derecho y el concepto jurídico de libertad*, 2da. edic. (Buenos Aires, 1964). Edit. Abeledo-Perrot; p. 623 y en particular *El derecho en el derecho judicial*, 2ª ed., (Bs. As. 1959). Edit. Abeledo-Perrot, 1959.

⁴² MARTÍNEZ SOLÍS, María Cristina, “La dinámica enunciativa: la argumentación en la enunciación”, en *Aprendizaje de la argumentación razonada*. Cátedra UNESCO Lectura y Escritura Vol. 3., Cali, Unidad Artes Gráficas, Facultad de Humanidades, Universidad del Valle, 2001, págs. 11 y sgtes. De la misma autora puede verse: “La orientación social de la argumentación en el discurso: una propuesta integrativa”, <http://www.oei.es/fomentolectura>; “La dinámica enunciativa: la argumentación en la enunciación”, en “Aprendizaje de la argumentación razonada”, en op. cit. Cátedra UNESCO Lectura y Escritura Vol. 3; “Análisis del Discurso y práctica pedagógica. Una propuesta para leer, escribir y aprender mejor”. 3ª edic., Santa Fe, Homo Sapiens, 2001; “En búsqueda de un modelo cognitivo/textual para la evaluación del texto escrito”, en: “Comprensión y producción de textos académicos: expositivos y argumentativos” Cali, Escuela de Ciencias del Lenguaje, Universidad del Valle, 1999, págs. 89 y sgtes. “La construcción del proceso argumentativo en el discurso. Perspectivas teóricas y trabajos prácticos”, Cátedra UNESCO Lectura y Escritura, Cali, Editorial Taller de Artes gráficas Facultad de Humanidades, Universidad del Valle, 2005.

⁴³ MARTÍNEZ SOLÍS, “La dinámica enunciativa: la argumentación en la enunciación”, Op. cit, pág. 33.

“(i) la argumentación como producto, en la que la dominante es el contenido y el análisis lógico de los argumentos en la proposición; en nuestros términos, diría el privilegio de la Ratio (Cognoscitiva); (ii) la argumentación como proceso interpersonal que busca incidir en cambios en el receptor y en lograr su adhesión, en la cual predominan los recursos y estrategias retóricas del discurso; en nuestros términos, diría el privilegio del Pathos (Emotiva); (iii) la argumentación como forma interactiva de proceder que busca interactuar con el auditorio al cual se le deja un margen de libertad para decidir. Se basa en el examen de las diversas alternativas y en la regulación de procedimientos dialécticos a través del uso de esquemas argumentativos no falaces, el privilegio del Ethos (Volitiva/Ética).”⁴⁴

Recalca la inmanencia de la relación intersubjetiva que hay en todo discurso, destacando el papel activo del otro en el proceso de significación y de interpretación.⁴⁵

Nos dice que su propuesta tiene por finalidad poder integrar las perspectivas de la argumentación más conocidas, Analítica, Retórica y Dialéctica que se vienen considerando totalmente aisladas una de la otra, en un enfoque dialógico del discurso, en cuyo fundamento básico encontramos la característica de intersubjetividad y de intertextualidad.⁴⁶

Reconocemos que en toda manifestación argumentativa se la puede comprender desde las tres dimensiones. Ello no implica una jerarquización de alguna de ellas. En consecuencia, los partícipes de un discurso argumentativo pueden darles a cada uno de ellas mayor o menor predominio.

⁴⁴ *Ibidem*, pág. 34.

⁴⁵ «Los signos no emergen en definitiva sino como proceso de interacción entre una conciencia individual y otra. Y la conciencia individual misma está llena de signos ... La conciencia no se convierte en conciencia sino cuando está llena de contenido ideológico (semiótico) y en consecuencia, solamente en el proceso de interacción social ... La conciencia toma forma y existencia en los signos creados por un grupo organizado en el curso de sus relaciones sociales... La conciencia individual se alimenta de signos, allí encuentra su materia de desarrollo, refleja su propia lógica y las leyes del grupo... La Lógica de la conciencia es la lógica de la comunicación ideológica, de la interacción semiótica de un grupo social. (Bajtín 1929:1977:28-30). (*Ibidem*, pág 20).

⁴⁶ MARTÍNEZ SOLÍS, “La dinámica enunciativa: la argumentación en la enunciación”, *Op. cit*, pág. 42.

Compartimos el pensamiento de Martínez Solís en cuanto afirma que la racionalidad (nosotros preferimos decir aceptabilidad)⁴⁷ argumentativa: “tiene un carácter social y discursivo, por tanto no establece una oposición entre la retórica y la argumentación, los enunciados están marcados por tonalidades, son enunciados entonados, pero las entonaciones o tonalidades indican relaciones de fuerza social enunciativa entre los sujetos discursivos. Se trataría más bien de modalidades argumentativas relacionadas con las tonalidades de las fuerzas sociales enunciativas que intervienen en la situación de enunciación. La focalización de una de ellas en detrimento de otra obedece a las valoraciones y tonalidades existentes entre los sujetos discursivos, a la actualización enunciativa de valores sociales y culturales. La argumentación se construye en la relación mutua de sujetos discursivos en prácticas sociales específicas. Los tipos de relaciones sociales y de distanciamiento entre los sujetos discursivos serán actualizados y orientados socialmente en los modos argumentativos que se proponen en el discurso.”⁴⁸

En función de ello agrega: “la validez de un estilo argumentativo estaría relacionada con la construcción social de fuerzas enunciativas que darían cuenta de la integridad discursiva de la argumentación (mostrar una imagen de enunciatador apropiada, pertinente con el estatus y la edad y el tema abordado y adaptado a las valoraciones del enunciatario y a su relación con el mismo tema). Los cambios en la orientación social de la argumentación en un discurso estarán relacionados con cambios en la situación de enunciación, con cambios en la valoración social del auditorio”.⁴⁹

Debido a ello también admitimos que la argumentación tomará diversas formas de manifestación, según la orientación social y la aproximación entre los sujetos discursivos. Desde nuestro modo de construir la noción la argumentación esta puede tomar una tonalidad más formal, más procedimental o más emotiva. Asimismo acordamos que las tonalidades tienen valoraciones sociales que pueden ser tanto intencionales como no intencionales.

La relación entre estrategia y argumentación solo se puede considerar en la medida en que se asuma una noción compleja de argumentación. Pero a

⁴⁷ Cualidad de aceptable. En este sentido la palabra aceptable está relacionada con aprobación, asentimiento, conformidad, consentimiento, beneplácito, acogida, reconocimiento, consentimiento.

⁴⁸ MARTÍNEZ SOLÍS, “La dinámica enunciativa: la argumentación en la enunciación”, Op. cit., págs. 46 y sgtes.

⁴⁹ *Ibidem*.

su vez, asumir una actitud estratégica al argumentar implica superar reduccionismos argumentativos que no se condicen con las necesidades de este tiempo. No en vano “van Dijk plantea que si queremos explicar lo que es el ‘discurso’, resulta insuficiente analizar sus estructuras internas, las acciones que se logran, o las operaciones mentales (procesos cognitivos) que ocurren en el uso del lenguaje. En este sentido es necesario dar cuenta que el discurso como acción social ocurre en un marco de comprensión, comunicación e interacción que a su vez son partes de estructuras y procesos socio-culturales más amplios”.⁵⁰

Así en la argumentación judicial jurídica moderna en el derecho continental prevalecía una racionalidad analítica, un marco teórico de argumentación como cuestión del pensamiento, normativa, monológico, de producto y exclusivamente destinada al contexto de justificación. Por el contrario en nuestros días se abren cada día más las iniciativas teóricas que incorporan la significación de una racionalidad dialéctica, y marcos teóricos como cuestión del lenguaje, dialógica, procedimentales y que admiten la vinculación entre el contexto de descubrimiento y de justificación.

Abundantes voces sustentan la tesis según la cual la argumentación en las decisiones judiciales, más que la demostración, es la que permite asegurar que el papel del juez se desarrolle conforme a los postulados de los Estados constitucionales. Marcas que se señalan como diferencias son: axiomas de la demostración versus premisas de la argumentación, la impersonalidad de la demostración versus la idea de auditorio en la argumentación, carácter intelectual de la demostración versus carácter práctico de la argumentación, verdad, necesidad y reglas de la demostración versus adhesión, persuasión y técnicas de la argumentación.⁵¹

La adjudicación judicial ya no deber ser concebida como un producto de la “conciencia cognoscente” del juez, sujeto individual que razona con argumentos objetivos “con la segura balanza de un método firme”, sino el

⁵⁰ *Ibidem*.

⁵¹ AGUIRRE ROMAN, Javier Orlando; GARCIA OBANDO, Pedro Antonio y PABON MANTILLA, Ana Patricia. “¿Argumentación o Demostración en la decisión judicial? Una mirada en el Estado Constitucional,” *Revista Derecho*, Dic 2009, n° 32, págs. 1-29. Disponible en: <http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0121-86972009000200002&lng=es&nrm=iso>. ISSN 0121-8697.

fruto de la discusión entre sujetos que pugnan por hacer valer su interpretación y su interés.⁵²

Reiteramos que el juez continental no decide al margen del contexto social, su actuación se inserta en un debate que es exterior a él, que es público y por lo tanto se hace necesario destacar que urge comprender a la argumentación judicial como intersubjetiva.⁵³

Admitir y destacar dicha intersubjetividad requiere utilizar una noción compleja de argumentación. La incorporación de sus perspectivas dialécticas y retóricas, no solo facilitan la admisión de visión estratégica en la argumentación, sino que además le otorgan herramientas de ineludible consideración a la hora de pensar una argumentación estratégica.

5. Conclusión

En síntesis creemos que admitiendo las conclusiones de Ciuro Caldani (que hemos ya citado), en cuanto afirma que “si no hay razonamiento estratégico judicial no hay al fin estrategia jurídica general, y sin ésta la sociedad marcha a la deriva”, si además consentimos, que el juez continental no decide al margen del contexto social, que su actuación se inserta en un debate que es exterior a él, que la “ *fuerza de convicción* ” de las adjudicaciones judiciales en mucho se realiza cuando ellas se insertan en el tejido fáctico y axiológico de la sociedad de que se trate,⁵⁴ se comprende porque debemos hacernos cargo del sentido estratégico de toda argumentación judicial.

Tal como lo hemos señalado, entendemos que para reconocer y efectivizar dicho sentido, es necesario asumir una noción compleja de la noción de argumentación.

Agregando a lo anterior el maestro rosarino resaltaba: “estimamos que los jueces han de estar a la altura del sentido estratégico que pueden y

⁵² GARCÍA AMADO, José A., “Tópica, retórica y teorías de la argumentación jurídica”. <http://www.geocities.com/jagamado/bogotaart.html>. (20.10.10).

⁵³ *Ibidem*.

⁵⁴ CIURO CALDANI, “La crisis de la razón judicial en nuestro tiempo”, *Op. cit.*, págs. 602 y ss.

deben dar a su actividad, realizando con la mayor conciencia y de la medida más legítima las posibilidades de su tarea”.

Creemos además (aunque escapa su desarrollo a las posibilidades de este trabajo) que para ello se hace también imprescindible admitir la complejidad del contenido de la adjudicación judicial, cuestión que hace a la materia sobre lo que se argumenta.